

# Família do Século XXI – Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos

Marcos Borba Caruggi<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

No limiar do século XXI, verifica-se uma profunda mudança na formação clássica da família ensejando o crescimento de arranjos familiares que, em um passado recente, revelavam-se minoritários no contexto da sociedade brasileira.

Nesse diapasão, é fundamental que os magistrados estejam preparados para absorver essa nova gama de questões que estão começando a eclodir na seara do Direito de Família, valorizando sempre o princípio da dignidade da pessoa humana, de índole, inclusive, constitucional.

No dia 26 de agosto de 2012, o jornal **O Globo**, 2.<sup>a</sup> edição, p. 39, trouxe matéria intitulada “‘Pai, mãe e filhos’ já não reinam mais nos lares”, na qual, valendo-se de dados estatísticos do IBGE, revela que, em 2010, as famílias tradicionais, ou seja, casais com filhos, representam 49,9% dos arranjos familiares, enquanto o referido percentual no ano de 1991 representava 75%. Em 2010 já se verificam 16% de casais sem filhos, 15,5% de mulheres sozinhas com filhos, 12,2% de homens ou mulheres morando sozinhos, 2,3% de homens sozinhos com filhos e 4,1% de outros tipos de arranjos familiares.

O Direito de Família é um direito que interessa sobremaneira a toda sociedade, bastando para tanto ver alguns temas que, com frequência, são

---

<sup>1</sup>Juiz de Direito da 4ª Vara de Família do Fórum Regional do Méier.

veiculados na mídia, tais como guarda compartilhada, alienação parental, união estável e divórcio, temas esses que inclusive serão objeto de análise no presente trabalho.

O ilustre palestrante, o Desembargador Federal Guilherme Calmon, informa que atualmente a sociedade está numa fase em que prepondera o fator instintivo. É a fase da autenticidade. É a fase na qual ganha relevo ainda a proteção da criança e do adolescente.

É evidente que este trabalho nem de longe tem a pretensão de exaurir temas tão amplos, buscando apenas trazer alguns aspectos mercedores de reflexão.

Por oportuno, cumpre mais uma vez parabenizar a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro que, novamente, brindou magistrados, operadores do direito e demais interessados com tão relevante curso, dotado de ótimos palestrantes e apresentando grande atualidade nos temas enfocados.

## GUARDA COMPARTILHADA - COMENTÁRIOS

A Lei n.º 11.698/2008, modificando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, veio a introduzir a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, mantendo, entretanto, a possibilidade da guarda unilateral, guarda essa que, inclusive, ainda é majoritariamente adotada nos casos concretos, como se verifica do cotidiano das varas de família.

Na boa lição do ilustre professor Rolf Madaleno<sup>2</sup>:

*“...Esta guarda monoparental na hipótese de fragmentação da convivência dos pais ainda é o modelo tradicional, e através desta modalidade os filhos permanecem sob os cuidados e sob a orientação de apenas um dos pais, escolhido de comum acordo pelos genitores ou por decorrência de uma decisão judicial...”*

<sup>2</sup> Madaleno, Rolf. **Novos Horizontes no Direito de Família**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2010, p. 210.

Por outro lado, prosseguimento a lição do insigne professor antes citado<sup>3</sup>:

*“... A guarda compartilhada reconhece e põe em prática os princípios da isonomia entre o homem e a mulher e o do superior interesse da criança. Compartilhar a custódia dos filhos não significa repartir o tempo que a prole passa com cada um dos seus pais, como ocorre na guarda alternada, nem tampouco representa alternar a moradia dos filhos entre a casa do pai e a residência da mãe, mas significa unicamente que os filhos terão garantidos o direito de se relacionarem em igualdade de condições com ambos os genitores equilibrando o poder familiar...”*

Neste sentido, a ilustre palestrante Dr.<sup>a</sup> Cláudia Stein Vieira destacou a circunstância de que guarda compartilhada diverge de guarda alternada e lembrou ainda que guarda compartilhada não se resume tão somente a questões decisórias na vida dos filhos.

Lamentavelmente ainda não se difundiu plenamente o exato conceito do que seja guarda compartilhada, não sendo raras as confusões com guarda alternada.

Não é incomum deparar-se nas varas de família com pretensões de guarda compartilhada que têm tão somente o escopo de elidir o pagamento de uma pensão alimentícia. Da mesma forma, pode a guarda compartilhada ser utilizada de forma indevida por um dos genitores objetivando impedir a mudança de domicílio do outro genitor. Mais uma vez, tal fato foi detectado pelo ilustre professor Rolf Madaleno que leciona<sup>4</sup>:

*“... Porém, a pretensão à guarda compartilhada pode estar simplesmente municiando o poder de negociação dos pais quando é utilizada para tentar impedir as mudanças de domicílio, em especial para o exterior, ou pior ainda, quando atença a possibilidade de eliminação do pagamento de pensão alimentícia...”*

---

3 *Opus citatum*, p. 211.

---

4 *Opus citatum*, p. 217 a 219.

É fato que, muito embora sejam ainda minoritárias as decisões judiciais de guarda compartilhada, não se pode deixar de reconhecer vantagens na sua previsão legal no ordenamento jurídico.

Ocorre que, para que a mesma seja efetivada na prática, é necessário que haja um diálogo franco e respeitoso na relação do ex-casal. É preciso que os genitores entendam que a relação que se passou entre eles não pode e não deve afetar os filhos. É mister o amadurecimento suficiente dos progenitores para entenderem que, com certeza, os grandes prejudicados são seus próprios filhos.

Se as condições mínimas estiverem presentes entre os genitores, com certeza torna-se possível a implementação da guarda compartilhada, com inquestionável vantagem para todos. Não haverá mais no que se refere aos filhos a ideia de vencedor e vencido, e os filhos terão o amplo direito de convívio com seus pais.

Os genitores, por sua vez, se tornarão conjuntamente responsáveis pela vida dos filhos, com grande participação de ambos, e propiciarão um saudável desenvolvimento a seus filhos.

A separação do casal não deve afetar a relação dos genitores com os filhos.

É importante que não haja a eternização dos conflitos de uma relação finda, pois tal acirramento do conflito é prejudicial aos próprios genitores e seus filhos.

Recentemente, de matéria veiculada no jornal **O Globo**<sup>5</sup> sob o título ‘O afeto é que importa’ se pode extrair o seguinte texto:

*“... Para esses adolescentes identificados na pesquisa, a máxima de que é melhor os pais estarem separados do que vivendo juntos e brigando deveria sofrer mudanças.*

*- Eles querem que os pais, mesmo separados, se deem bem. Essa boa relação influencia os seus hábitos e comportamentos – afirma Tatiana Soter, diretora de Planejamento de Quê...”*

5 2.ª edição. Domingo. 09/09/2012, p. 13.

Ora, ainda que os pesquisados fossem de adolescentes de 13 a 17 anos, das classes A, B e C, é importante ter noção do como a sociedade está mudando rápido e da esperança que isso representa, de que a guarda compartilhada que hoje ainda é um instituto pouco utilizado na prática possa em um futuro próximo ter larga utilização em nosso meio.

Para tanto, a educação e a disseminação de valores que preservem a dignidade humana é fundamental.

## ALIENAÇÃO PARENTAL

Outro tema que tem ganhado relevância nas lidas de família refere-se à questão da alienação parental erigida à condição de crime através da Lei n.º 12.318/10.

Nesse sentido, é bom ressaltar mais uma vez a palestra da Ilustre Dr.<sup>a</sup> Cláudia Stein Vieira, proferida no curso “Família do Século XXI”, na qual alerta para a diferença entre a Síndrome da Alienação Parental e as tentativas de Alienação parental, lembrando que, para a incidência da Síndrome, é necessária que a alienação se manifeste na criança.

Tal esclarecimento é importante porque hoje são inúmeros os casos que começam a surgir no Judiciário com alegações de alienação parental, que nada mais são que meras ilações decorrentes até mesmo de uma animosidade que possa existir em uma relação não suficientemente resolvida entre os ex-cônjuges.

A palestrante acima mencionada indica a mediação como um mecanismo para buscar aplacar os sentimentos negativos que possam restar ao final de uma relação entre os pais. Isso é importante não só pelos genitores, mas também porque, por vezes, nem os filhos são poupados deste conflito.

Posto isso, é relevante definir o que devemos entender como sendo Síndrome de Alienação Parental. A ilustre Desembargadora Maria Berenice Dias<sup>6</sup> conceitua Síndrome de Alienação Parental como sendo:

---

<sup>6</sup> Berenice Dias, Maria. **Incesto e Alienação Parental**. 2.<sup>a</sup> edição, IBDFAM. Editora dos Tribunais 2010.

*“... um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativas, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor.”*

A Dr.<sup>a</sup> Claudia Stein Vieira ressaltou, nessa mesma linha de raciocínio, que em determinadas guardas é possível um genitor incutir falsas memórias na cabeça de uma criança adotando prática similar a que ocorria na Alemanha nazista de Hitler, em que a “mentira dita muitas vezes se torna verdade.” É lógico que essa não é a única forma de alienação parental, existindo diversas outras possibilidades para o genitor alcançar seu intento, sempre, contudo, tendo como escopo a desqualificação do outro genitor.

Enfocou também que, no seu entender, a modificação da guarda abrupta não é uma boa opção feita pela lei.

O inciso V, do art. 6.º da Lei n.º 12.318/10 prevê a possibilidade do Juiz “...determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão...”.

Deflui do acima exposto uma enorme responsabilidade aos Magistrados, que devem procurar atuar com equilíbrio e utilizando-se da ajuda de profissionais de outras áreas e que tenham larga experiência no tema, tarefa árdua, visto que poucos são os profissionais capacitados para efetivamente detectar uma alienação parental e orientar, do ponto de vista psicológico, a melhor conduta a ser trilhada.

Assim sendo, embora a lei em questão tenha representado uma evolução e uma necessidade, há muito por fazer, pois existe uma grande carência de profissionais especializados para apoiar e ajudar com estudos técnicos os magistrados em suas decisões nesta seara da alienação parental.

Ora, basta a simples transcrição do § 2.º do art. 5.º da lei em comento para se perceber como estamos carentes de profissionais na área de alienação parental, não obstante os louváveis esforços trilhados por alguns profissionais. Dita o referido parágrafo o seguinte: “... A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental...”.

Uma das principais tarefas no momento no campo da alienação parental é, portanto, disponibilizar técnicos com amplo conhecimento na questão da alienação parental.

## UNIÃO ESTÁVEL

Dispõe o § 3º do art. 226 da Carta Política que “... Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento...”

Por outro lado, o art. 1.723 do Código Civil dispõe estar “reconhecida como entidade familiar a união entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Inolvidável do ponto de vista histórico os avanços da jurisprudência dos tribunais superiores. Apenas como exemplo, tem-se o Recurso Extraordinário n.º 34.969, de 29/10/1976, que teve como Relator o Ministro Cordeiro Guerra, recurso esse mencionado na palestra proferida pelo ilustre Desembargador Marcos Aurélio Bezerra de Mello e no qual se verifica da ementa o seguinte:

*“...I – A sociedade de fato, e não a convivência more uxório é o que legitima a partilha dos bens entre os concubinos. Julgado que nega a existência da sociedade entre os concubinos; face à prova dos autos, não discrepa da Súmula 380. RE não conhecido – Súmula 279.*

*II- A jurisprudência tem admitido, em casos especiais, serem in-*

*denizáveis os serviços prestados pela concubina ao amásio durante o período da vida em comum, desde que demonstrados, pois, quem pede o mais pede o menos.*

*Provido o segundo recurso, em parte, para assegurar a indenização dos serviços domésticos e de natureza social com reflexos comerciais, prestados pela concubina em favor do amásio, conforme se apurar em execução.”*

Portanto, no ano de 1976, o nosso Tribunal Constitucional admitia à concubina indenização por serviços domésticos prestados.

Após, evolui-se a uma fase onde se admite a indenização por serviços prestados à sociedade de fato no concubinato puro e, finalmente, é através da Constituição de 1988 que a família em seu sentido amplo passa a ter especial proteção do Estado.

Para que se possa entender a questão da união estável é importante que sejam apreciados os seus requisitos de ordem objetiva e subjetiva.

Os elementos objetivos dizem respeito à diversidade de sexo (questão que hoje ganha novos contornos), à estabilidade, à publicidade e à inexistência de impedimentos legais para o casamento. Já o elemento subjetivo, que é único e fundamental, cinge-se ao ânimo de constituir família, ou seja, o que se denomina *animus familiae*.

Iniciando pelo requisito subjetivo, pode se dizer que é tarefa árdua do Magistrado, por vezes, a extração da real vontade dos conviventes em constituir família.

O professor Rolf Madaleno<sup>7</sup> sugere que:

*“... Pretender constituir família, à semelhança do casamento, em plena comunidade de vida, é realizar, em conjunto, o propósito de viver um pelo outro, estando ambos os conviventes despojados de outras relações...”*

---

<sup>7</sup> *Opus citatum*, p. 115.

Já o professor Cristiano Chaves de Farias<sup>8</sup> leciona que:

*“..Por isso, sem a pretensão de esgotar as (múltiplas) possibilidades, é possível detectar a união estável, dentre outras hipóteses, através da soma de projetos afetivos, pessoais e patrimoniais, de empreendimento financeiro com esforço comum, de contas conjuntas bancárias, declarações de dependência em imposto de renda, em planos de saúde, e em entidades previdenciárias, a frequência a eventos sociais e familiares, eventual casamento religioso(o chamado casamento eclesiástico) etc...”*

Portanto, o elemento subjetivo, que é essencial, é de difícil aferição, impondo ao julgador valer-se de um conjunto probatório robusto para verificar se determinar relação tinha caráter de união estável ou não. Não há como adentrar nos mais íntimos sentimentos das pessoas envolvidas, mas, por certo, é possível a verificação dos elementos que conferem um substrato necessário para o reconhecimento da alegada união.

Posta a questão do elemento subjetivo, passa-se à análise dos elementos objetivos.

O primeiro cinge-se à diversidade de sexo.

Não há como se falar neste requisito sem mencionar a recente decisão do nosso STF, em Acórdão unânime na ADIN n.º 4277/DF, que teve como Relator o Ministro Carlos Ayres Britto, publicado em 14/10/2011, sendo interessante trazer à colação parte do voto do Ministro Relator e cujo teor é o seguinte:

*“... A Constituição não interdita a família por pessoas do mesmo sexo.... Aplicabilidade do § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados... Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.”*

---

8 *Opus citatum*, p. 519.

Efetivamente, a mais recente decisão do STF que deu interpretação em franca valorização da dignidade humana e dos diversos princípios e garantias fundamentais carreados no bojo da própria Carta Magna, é elogiável na medida em que tutelou juridicamente entidades familiares homoafetivas e que se encontravam desamparadas dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, vale trazer à colação o seguinte trecho doutrinário<sup>9</sup>:

*“... Realmente não se poderia conceber um tratamento mesquinho das uniões homoafetivas, como meras sociedades de fato, repercutindo, apenas, no âmbito das relações obrigacionais. Seria um verdadeiro atentado contra os direitos humanos, pois estaria se reduzindo a relação entre dois seres humanos a efeitos, tão somente, no espaço patrimonial..”*

Como se verifica da análise a seguir, a questão hoje não obedece aos padrões sociais de outras épocas. Na atualidade, na boa lição de Cristiano Chaves de Farias<sup>10</sup>:

*“... Efetivamente, a união de pessoas homossexuais poderá estar acobertada pelas mesmas características de uma entidade heterossexual, fundada, basicamente, no afeto e na solidariedade. Sem dúvida não é diversidade de sexo que garantirá a caracterização de um modelo familiar, pois a afetividade poderá estar presente mesmo nas relações homoafetivas...”*

Não se pode deixar de reconhecer que há respeitável corrente doutrinária defendendo a impossibilidade de caracterização de união estável entre homossexuais, bastando lembrar o professor Carlos Roberto Gonçalves para quem a diversidade de sexos é requisito natural, reputan-

---

9 De Freitas, Cristiano Chaves e Rosenvald, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Editora JusPodivm. Edição 2012, p. 523.

---

10 *Opus citatum*, p. 520.

do como inexistente as uniões homossexuais para quais caberia apenas uma regulamentação no campo do direito obrigacional.

Para o ilustre doutrinador Rainer Czajkowski, a relação homoafetiva agride a ideia de família num dos elementos que lhe é mais próprio.

De qualquer forma, ante a valoração do afeto, a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, o novo entendimento do STF, evidencia-se claramente que não há mais como ignorar as mudanças apegando-se a conceitos mais tradicionais. Não se trata de diminuir tais conceitos, e sim de entender que há uma nova realidade que perpassa pela valorização da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, vale transcrever o Desembargador Nagib Slaib Filho<sup>11</sup>:

*“O conceito de família vem evoluindo no ordenamento jurídico brasileiro e de outras nações, principalmente em decorrência de mudanças sociais que não cessam de aceleradamente ocorrer, de novas modalidades de grupos familiares que vêm se formando, estabelecendo novos valores e acepções de vida. Nesse contexto, o legislador, o magistrado, jurista e demais operadores do Direito não podem ignorar os fatos sociais que, através dos valores que propagam, vêm influenciar no surgimento de diferentes regras de vida, novos costumes no seio da sociedade, impondo-se uma constante oxigenação das normas jurídicas, através de sua atualização e adequação aos comportamentos sociais em voga. Como dizia Jacques Cruet, não são as leis que mudam a realidade, e sim a realidade que modifica as leis...”*

Ao exigir o requisito da estabilidade, o que pretendeu a lei foi não tutelar simples relações efêmeras ou transitórias como uniões de caráter estável. Historicamente, como ensina o preclaro Professor Rolf Madaleno, era usual a exigência de um período mínimo de duração dos

---

11 <http://www.nagib.net>. “União Homoafetiva como Entidade Familiar.” Adicionado em Quinta, 20 Outubro 2011 18:43. por Nagib Slaibi Filho.

relacionamentos. Tal exigência, contudo, estava muito mais relacionada a questões do direito securitário e da previdência social. Atualmente, contudo, a questão da estabilidade tem um cunho casuístico, visto que foi conferido aos tribunais a aferição da existência da estabilidade em uma determinada relação.

Neste aspecto, ensina Cristiano de Chaves Farias<sup>12</sup> o seguinte:

*“Confere-se, então, ao intérprete, casuisticamente, a tarefa de verificar se a união perdura por tempo suficiente para a estabilidade familiar. E percebe-se que o traço caracterizador da estabilidade é a convivência prolongada no tempo, durante bons e maus momentos, a repartição das alegrias e tristezas experimentadas reciprocamente, expectativa criada entre ambos de alcançar projetos futuros comuns...”*

Com relação ao requisito objetivo da publicidade, implica dizer que a união estável deve ser pública, ou seja, os conviventes comportam-se no seio social como se casados fossem. Não é razoável situações esdrúxulas, como, por exemplo, a circunstância dos conviventes se apresentarem perante determinado grupo social como se casados fossem, e perante outro segmento social como se vivessem uma relação proibida.

Importante destacar que, ao se impor como requisito o caráter público, não se está com isso exigindo dos conviventes nada além da forma de atuar de qualquer casal, o que implica dizer que podem levar uma vida discreta, pois os conviventes são pessoas com personalidades e características próprias, alguns mais tímidos, outros mais extrovertidos. O que não se aceita é a dissimulação, a clandestinidade.

A questão da inexistência dos impedimentos legais para o casamento, como outro requisito para a união estável, é corolário lógico de que o nosso regime e todo o arcabouço legal e ordenamento jurídico é monogâ-

---

12 *Opus citatum*, p. 523.

mico. Assim sendo, perfeitamente compreensível que os impedimentos para o casamento do art. 1.521 também se apliquem à união estável, consoante § 1º do art. 1.723 do Código Civil.

Situação, contudo, que tem gerado reflexão refere-se ao fato de que, no caso da pessoa casada se achar separada judicialmente ou mesmo de fato, não haverá impedimento para a constituição de uma união estável, não se aplicando o impedimento do art. 1.521, inciso VI, do Código Civil. O mesmo não ocorrerá, entretanto, com relação à possibilidade de um pessoa casar-se novamente, sem antes dissolver o vínculo matrimonial.

Apenas para finalizar a questão da união estável, cumpre tecer breves comentários acerca da coabitação

Com relação à coabitação, é certo que a mesma, para fins de reconhecimento de união estável, é a regra e não a exceção. Isso não significa, obviamente, que a questão da coabitação não possa ser mitigada de acordo com a situação ou o caso concreto que se apresente. O próprio STF já sedimentou entendimento através da Súmula 382, cujo teor é o seguinte: “A vida em comum sob o mesmo teto ‘more uxorio’, não é indispensável à caracterização do concubinato.”

## DO DIVÓRCIO

A ilustrativa palestra proferida pelo procurador de Justiça José Maria Leoni sobre os efeitos da Emenda Constitucional 66/2010 e seus reflexos no Direito de Família mostrou o quanto acirrada do ponto de vista doutrinário têm sido as discussões com relação a temas como a manutenção da separação no ordenamento jurídico pátrio, a relevância ou não da discussão da culpa, brindando ainda os presentes ao curso com posicionamentos de doutrinadores de alta respeitabilidade no meio jurídico e indicando diversos julgados que têm se apresentado no nosso Tribunal de Justiça.

Historicamente, podemos dizer que foi longo o caminho percorrido até chegarmos ao estágio que nos encontramos hoje, o qual inclusive

mereceu elogios do Palestrante Dr. Paulo Lins e Silva, face aos avanços do nosso arcabouço legal que coloca o Brasil ao lado de países com legislações bastante evoluídas.

O Brasil, no que tange ao divórcio, passou por diversas fases. Merece menção do ponto de vista histórico a primeira fase, que seria a da ausência absoluta de possibilidade da dissolução do vínculo matrimonial, até alcançar outra etapa histórica com o advento da Lei 6.615 de dezembro de 1977, lei essa que trouxe finalmente a possibilidade jurídica do divórcio, desde que precedida da separação judicial como requisito prévio. Em seguida, houve a promulgação da Constituição da República de 1988, ampliando a possibilidade do divórcio quer pela conversão da separação judicial quer pelo simples exercício direto após prévia separação de fato por mais de dois anos. Por último, tem-se o divórcio como simples exercício de um direito potestativo, surgido através da Emenda Constitucional n.º 66/2010.

Antes de prosseguirmos na questão específica da Emenda Constitucional e alguns dos seus reflexos, cumpre salientar, conforme dito pelo ilustre procurador de Justiça José Maria Leoni, que a Constituição de 1988 representou uma verdadeira mudança de paradigmas, cabendo lembrar que equiparou filhos legítimos a ilegítimos, dignificando o ser humano e eliminando ranços de preconceitos arraigados na sociedade.

Questão que merece abordagem pertine à manutenção ou não da separação judicial.

Para respeitáveis exegetas como a ilustre Desembargadora Maria Berenice Dias, o promotor de justiça Cristiano Chaves de Farias, o mestre Rolf Madaleno, os juízes Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, dentre outros, a separação não mais subsiste. O próprio palestrante e procurador de Justiça José Maria Leoni entende ser desnecessária a separação em razão da ausência de efeitos jurídicos.

O Professor Cristiano Chaves de Farias<sup>13</sup> informa que:

---

13 *Opus citatum*, p. 409.

*“... É possível, então, extrair algumas conclusões lógicas e imperativas decorrentes do novo Texto Magno: i) a extinção da separação, judicial ou em cartório ii) superação dos prazos estabelecidos para o divórcio (sendo possível o divórcio mesmo que o casamento tenha sido celebrado a pouquíssimo tempo) iii) impossibilidade de discussão da causa da dissolução nupcial (inclusive a culpa, que não pode mais ser debatida na ação de divórcio)...”*

Para o referido professor, trata-se de um direito potestativo e, em verdade, ocorrera a modificação do nosso ordenamento jurídico no sentido de que as cláusulas extintivas do casamento, antes em um sistema dualista, posto que poderiam ser causas dissolutivas (morte e divórcio) ou terminativas (separação, anulação ou nulidade do casamento), cederam lugar ao sistema unificado.

Teria havido, no entender do ilustre professor, a substituição do princípio da culpa pelo princípio da ruptura, em que a única causa é o fracasso da união conjugal.

É certo, contudo, que existem também respeitáveis doutrinadores, da envergadura de Francisco Bilac Pinto, Maria Helena Diniz, Regina Beatriz Tavares, Ministra Nancy Andrighi, Yussef Said Cahali, que têm uma interpretação mais restrita, no sentido da continuidade da separação no ordenamento jurídico, não havendo, contudo, mais prazo para divórcio.

A professora Maria Helena Diniz, embora entenda pela manutenção da separação, prevê, contudo, que a mesma cairá em desuso.

Não se pode deixar de mencionar ainda o Enunciado da 5.<sup>a</sup> Jornada do CJF, que firmou, por maioria, o seguinte: “A Emenda Constitucional nº 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial”.

A defesa da manutenção da separação apresenta, entre outros argumentos, o seguinte: 1) as normas infraconstitucionais não foram expurgadas; 2) motivos de ordem religiosa; 3) a manutenção da separação facilitaria a reconciliação; 4) ao eliminar-se a separação com culpa, os

deveres do casamento passariam a ser mera recomendação judicial, especialmente fidelidade conjugal.

Há que se tecer alguns comentários com relação aos argumentos acima expostos.

Os ilustres Professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>14</sup> aduzem o seguinte:

*“A partir da promulgação da Emenda, desapareceu do nosso sistema o instituto da separação judicial e toda legislação que o regulava, por consequência, sucumbiu, sem eficácia, por conta de uma não recepção.”*

Ora, o primeiro argumento de que normas infraconstitucionais não foram expurgadas é controvertido, diante da possibilidade da não recepção.

O próprio Professor Maria José Leoni, na palestra proferida na EMERJ, expressou seu entendimento no sentido de que os art. 1.571, 1.572, 1.573, 1.574, *caput*, 1.578, 1.580, 1582 e 1.584, todos do Código Civil, não teriam mais vigência.

Nessa questão acima aventada, ou seja, da não recepção pelo novo texto constitucional, há de se fazer, contudo, a ressalva de que tal circunstância não pode atingir as separações decretadas antes da nova sistemática, sob pena de violação do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido. Assim, perfeitamente possível que a separação anterior à emenda constitucional possa ser objeto de uma reconciliação nos moldes previstos no art. 1.577 do Código Civil.

O segundo argumento, ou seja, motivo de ordem religiosa, evidencia-se que não tem como prosperar, não obstante a respeitabilidade da corrente doutrinária em contrário, diante do Estado laico.

O terceiro argumento, ou seja, de que a manutenção da separação facilitaria a reconciliação, também não merece prosperar. A uma porque,

---

14 Gagliano, Pablo Stolze e Filho, Rodolfo Pamplona. **O novo divórcio**. Editora Saraiva. 2010, p. 56.

não obstante a abolição do sistema vigente de separação, existem outros mecanismos legais pelos quais as partes podem se valer quando não tiverem a certeza necessária para o divórcio. Nesse diapasão, temos a cautelar de separação de corpos, que redundará em todos os efeitos jurídicos decorrentes da separação (cessação de regime de bens do casamento, extinção dos efeitos recíprocos, termo do direito sucessório, etc.) e que, embora topograficamente esteja classificada entre as medidas cautelares, neste caso seria uma cautelar satisfativa, sem a necessidade de ajuizamento de demanda principal em trinta dias, consoante entendimento inclusive jurisprudencial. A duas porque são raros os casos de reconciliação.

Por último, melhor sorte não está reservada ao argumento de que, ao eliminar-se a separação com culpa, os deveres do casamento passariam a ser mera recomendação judicial, especialmente fidelidade conjugal.

Tal argumento parece-nos destituído também de força a justificar a manutenção da investigação da culpa.

Primeiro é preciso entender que a nova sistemática decorrente da Emenda Constitucional 66/2010 adotou o princípio da ruptura em substituição ao princípio da culpa. A única causa é a falência do casamento, pouco importando ao Estado a intimidade da vida das pessoas.

Essa nova interpretação está em consonância com a Carta Magna de 1988, sendo certo que já antes da Emenda Constitucional 66/2010 havia crítica doutrinária à questão da culpa, posto que juízes, promotores de justiça e demais operadores do direito eram ericados a investigação da intimidade das pessoas, em circunstância que hoje se pode considerar como atentatória aos direitos da pessoa humana, entre os quais, por certo, se inclui o direito a intimidade.

A tendência atual do Estado não é no sentido de se imiscuir na intimidade do casal, sendo por isso questionável entender os deveres do casamento como mera recomendação.

A verdadeira transformação ocorrida no campo do Direito de Família com a Emenda Constitucional em tela é bem explicitada a partir da transcrição dos motivos que conduziram a mudança na Carta Política, por ocasião da apresentação de sua proposta:

*“Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e não divorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosas ou consensuais. A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidos ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimento que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.”*

Por fim, quanto a este tópico, interessa apenas trazer à colação o presente aresto jurisprudencial do nosso Egrégio Tribunal de Justiça:

*“0022258-63.2009.8.19.0008 – Apelação – Des. Conceição Mousnier – Julgamento: 27/06/2012 – Ação de Rito Ordinário – Ação de Divórcio Judicial – Emenda à inicial após a citação, em razão da entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 66, de 13/07/2010. Sentença que decreta o Divórcio. Inconformismo da Ré. Entendimento desta Relatora no sentido de manter a sentença impugnada. Com o advento da Emenda constitucional 66/2010, o instituto da separação judicial não encontra mais guarida na nova ordem constitucional. Princípio da Celeridade Processual. Razoabilidade aplicada na instrução do Processo. Precedentes do TJERJ. CONHECIMENTO DO RECURSO e DESPROVIMENTO DO APELO.”*

## CONCLUSÃO

Este trabalho teve por escopo mostrar a atualidade de que se reveste o Direito de Família, trazendo à reflexão algumas das inúmeras discussões que se tem verificado nos tribunais brasileiros e na nossa sociedade.

O Direito de Família, como dito pelo ilustre Dr. Paulo Lins e Silva no curso ministrado pela EMERJ, é o mais humano de todos os direitos.

As partes que se socorrem do Poder Judiciário na esfera do Direito de Família muitas vezes criam expectativas que vão além do que a própria autoridade pode fazer. Neste aspecto, a mediação é uma alternativa da qual o Magistrado deverá cada vez mais se valer.

O Magistrado e os demais operadores do direito na área de família devem ter o discernimento e equilíbrio necessários, visto que estão a sua frente seres humanos clamando por ajuda.

Na área de família, diferentemente das demais áreas, o Magistrado tem a noção do quanto a parte precisa de sua ajuda. É fato que isso traz ao Magistrado por vezes uma carga emocional muito pesada ao final de um dia de audiências. Mas é verdade também que o Magistrado tem a possibilidade de encontrar uma realização muito compensadora.

O Desembargador Guilherme Calmon lembra que o Direito de Família é o reflexo dos direitos éticos, culturais e sociais de uma sociedade.

Atualmente, vivemos um momento ímpar, no qual os princípios constitucionais têm aflorado de forma vigorosa.

A valorização do ser humano é inconteste no âmbito do Judiciário. Concomitantemente, a sociedade tem vivido transformações importantes em seus núcleos familiares.

A família, nos moldes tradicionais, não tem atendido mais a toda sociedade. Tem surgido cada vez mais, e de forma mais intensa, novos arranjos familiares, que por vezes estão buscando o Judiciário por direitos muitas vezes fundamentais.

O juiz de família atualmente deve estar conectado a essas novas mudanças sociais, sob pena de não conseguir desenvolver plenamente seu mister.

Os novos relacionamentos são calcados no afeto e na solidariedade. Não existe mais espaço para discussões inócuas, individualismo, perpetuação injustificada de processos que só levem as partes a mais sofrimentos, não bastassem aqueles decorrentes de já se encontrarem no Judiciário discutindo assuntos relativos à família.

Por tudo isso, o Magistrado, mais do que nunca, deve ter sensibilidade para perceber o tipo de relação que se coloca a sua frente, sabendo lidar com os diversos arranjos familiares que se apresentarão para sua apreciação.

É preciso que os Magistrados estejam preparados e atualizados, e, neste sentido, foi de grande valia o curso, mais uma vez propiciado por esta importante Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. ♦